

MILTON LUIZ PEREIRA**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Professor Emérito da Faculdade de Direito de Curitiba, Membro do Conselho de Orientação Científica da Gênese- Revista de Direito Administrativo Aplicado

1. Considerações gerais

Em todos os ensaios e volteios da convivência do homem, vislumbra-se a atuação da censura moral e o surgimento dos princípios e ordens emanados da sua evolução histórica. Nesse cenáculo, contempla-se o Código de Hamurabi (países mesopotâmicos), e no Egito, após a consolidação política (3.000 a.C), a memória da Estrela Karnak (com disposições penais). Na investigação, refluindo-se às histórias hebraica e do Direito grego (arcaica, clássica e helenística), tem marcada significação o Direito dos romanos: ganhando relevo o Digesto.

Da confluência desse retrospecto indicativo demarca-se que as preocupações com a ordem pública sempre constituiu importante fonte para o surgimento de ordenamentos às práticas de convivência, evoluindo-se até a organização da função estrutural do Estado.

Nessa perspectiva, consolidou-se que o Estado tem o **dever** de preservar os princípios gerais de conduta ética, espantando os comportamentos afrontosos, cunhados por intenções socialmente censuráveis e provocadoras de repercussões lesivas à ordem jurídica.

Para atender à necessidade dessa intervenção do Estado, existem os mecanismos do Direito penal comum; este, considerado em crise, distanciando-se da eficácia, favorece a impunidade, cada vez mais,

* Participação no painel sobre este tema no IV Congresso Internacional de Direito Administrativo, em Foz do Iguaçu, setembro de 1994.

estimuladora de atividades fraudulentas, com desanimadores reflexos ao bem estar social.

Essa realidade tem suscitado preocupações crescentes, nos seus efeitos, atingindo a Administração Pública de modo tão intenso, por isso reclamando instrumentos específicos para a efetiva repressão às práticas deletivas contrárias aos interesses públicos.

Nessa enseada, como tarefa comum de exame, emerge a importância da teoria das infrações administrativas - desvio de conduta no sítio da Administração Pública -, via que deve ser percorrida para a defesa da segurança social, destacando-se conteúdo material fincado no Direito administrativo. Mesmo porque, deve ser realçado que, estreitamente, o seu aperfeiçoamento relaciona-se com a estrutura do Estado, desde o antigo ao moderno. Os desvios de conduta na atividade administrativa, contrariando o bem comum, desvinculados da lei, resultam em delitos, com resultado incompatível aos interesses da Administração Pública, provocando uma reação, ponto de partida para a segurança social.

No alvoroçado mister, a memorar que os **crimes administrativos** têm multiplicidade de causas, com a notória penhora das influências sócio-econômico-culturais, clareia-se a complexidade das soluções. Essa constatação, todavia, não limita, mas amplia a necessidade da escolha de alternativas.

2. Administração pública: tutela jurídica

O Estado, na conjuntura adrede comentada, organiza-se administrativamente (recursos humanos e físicos), com o objetivo de executar atividades diretas ou indiretas, para a consecução de fins

aprisionados aos interesses públicos-gestão dos interesses da coletividade - (Hely Lopes MEIRELLES)⁽¹⁾

Tenha-se presente, assim, que os atos lesivos (por ilicitude do agente) têm conseqüências extensas e graves, merecendo reforçada tutela penal, no que tange à segurança das atividades dos entes públicos, perseguindo a falta no dever geral jurídico para a realização do bem coletivo. A desobediência aos interesses públicos, como determinação, concretizada em preceitos jurídicos, reflete conduta típica de conteúdo material assentado no Direito Administrativo, embora inscrito na lei penal.

No específico plano da ilicitude, para muitos, o **ilícito penal** coloca-se ao lado do **ilícito administrativo**, não dispondo este de suficiente gravidade para ser erigido à categoria daquele.

*A diferença entre ambos, portanto, não é ontológica: somente de grau. A falta disciplinar representa um **minus** com respeito ao crime. E a pena criminal um **plus** com relação à sanção disciplinar (Paulo José da COSTA JR.).*⁽²⁾

Nesse eito, na pródiga vertente do direito,

*o **ilícito** alça-se à altura da categoria jurídica, e, como **entidade categorial**, é revestida de unidade ôntica, diversificada em **penal, civil, administrativa**, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença **quantitativa** ou de **grau**, não a diferença **qualitativa** ou de **substância** (CRETELLA JÚNIOR).*⁽⁴⁾

A respeito, lecionou o insigne Nelson HUNGRIA:

A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bertham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade,

⁽¹⁾ MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo**, p. 57.

⁽²⁾ COSTA. JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 3, p. 435, Saraiva. 2ª ed.

⁽⁴⁾ CRETELLA JÚNIOR. **Prática de Processo Administrativo**, p. 117.

afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.⁽⁵⁾

Sobreconcentra-se, na conclusão desses ensinamentos, que se sobrepõe o penal sobre o administrativo, conquanto possa ser distinguido o geral do especial.

E, como anteparo neutralizador de alento à sistematização do Direito Penal Administrativo, tratadistas de escol, de riste, lançaram que as infrações administrativas ou de ordem limitam-se aos interesses preceituais, sem importância ética, não afetando a ordem jurídica (bens vitais e essenciais para a convivência ética).⁽³⁾

Conquanto as autorizadas afirmações, modernamente, parece-me incontestável que o Estado - administração pública- ocupa-se não somente dos interesses individuais, mas, com avançamento, da existência das tensões sociais, de modo a proteger o bem estar coletivo. Andante, no tablado das atividades administrativas, como tarefa de ordenamento, inclui-se o Direito Penal Administrativo, protegendo a administração e o administrado, sem confundir-se com o Direito Penal Comum, cativo à segurança com fins gerais, diferente daquele, por si, tendo por motivação o **injusto jurídico administrativo**.

Com apurado objetivo científico, GOLDSCHMIDT⁽³⁾ procurou edificar pontos diferenciais entre a **antijuridicidade** e atos **antiadministrativos**, para estabelecer uma competência. Para ele seria possível inserir-se um Direito Penal Administrativo, “permanente e peculiar”, desapegado do Direito Penal Comum, como criação positiva do Estado. Por esse pórtico, o delito contra a organização administrativa é infração de um preceito destinado ao interesse do bem público, revelando o “injusto jurídico administrativo”, comportamento ensejador de específico

⁽⁵⁾ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 9. p. 315.

⁽³⁾ GOLDSCHMIDT. James. (Apud Henz MATTES, in **Problemas de Derecho Penal Administrativo** - Editoriales de Derecho Reunidas - ed. espanhola de 1979).

poder paralisador da Administração Pública contra aquele que é o sujeito do dever.

Os opositores, basicamente, erguem a falta de diferença entre antijuridicidade e antiadministratividade e afirmam que a desobediência é um elemento formal de todo o injusto, concluindo que as ofensas aos interesses administrativos são sempre à ordem jurídica.

Não obstante as autorizadas críticas, de plano, porém, deixando acertado que o Direito Penal Administrativo, igualmente ao comum, cinge-se à tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, conforme proposição de GOLDSCHMIDT, pode ser definido por

um conjunto de preceitos, por meio dos quais a Administração do Estado, à qual se acha confiada a promoção do bem público do Estado, reunidos, dentro dos limites da autorização jurídico-estatal, na forma de preceitos jurídicos, uma pena, como consequência administrativa à violação de uma norma ou preceito administrativo . (Ob. cit., p. 191).

É o advento do Direito Penal Administrativo marcado pela contemporaneidade, especialmente destinado à punição dos crimes causadores do rebaixamento da dignidade e defraudação dos superiores interesses públicos.

3. Entre as alternativas: a especialização

O Direito Penal Comum, criminalizando tudo, sem que o Estado ofereça os correspondentes meios para a execução da pena privativa da liberdade e à ressocialização do delinquente, notoriamente, não tem contido os índices de criminalidade, adernando para preocupante violência, principalmente urbana.

Portanto, sem bandear a vigiliatura para solução ampla (no meu pensar, inexequível), nos lindes das presentes considerações, sem desprezar **a coerção** como elemento da norma jurídica, é razoável cogitar

na especialização, estruturando o Direito Penal Administrativo, embora submetido aos princípios gerais do Direito Penal Comum, tal como articulou o preclaro Manoel Pedro PIMENTEL, versando o Direito Penal Econômico.⁽⁶⁾

Cuidar-se-ia, pois, de sistematizar comandos legais, já revelados ou com elaboração destinada à punição especial das práticas lesivas aos interesses da Administração Pública, com severa penalização privativa na liberdade e pecuniária, com a possibilidade da inabilitação ao exercício do cargo público. Essas leis especiais, na defesa dos multicitados interesses, ainda que orientadas pela dogmática apropriada ao Direito penal comum, pela sua natureza especializada, descortinando o fato típico, antijurídico e culpável, enfatizaria uma finalidade única: salvar a Administração Pública.

O crime contra a Administração Pública, com nítidos **motivos determinantes**, não é praticado por agente comum: qualifica-se pela inteligência, criatividade, esperteza e continuidade delitiva. Exige, por isso, atenção especial, com aprimorada prevenção e repressão.

Como fonte inspiradora para essa legislação de proteção afervorada, como exemplo, podem ser invocados os §§ 4º e 5º, art. 37, Constituição Federal, seguras revelações contra as condutas predominantemente antiéticas e danosas à Administração Pública, evidenciando, na preocupação da legislação constituinte, que não se trata de criminoso comum.

Destarte, às escâncaras, tímida a Administração Pública diante das transformações sócio-político-econômicas, sem meios internos atuantes e eficientes, pelo consenso da necessidade, devem ser incentivadas na elaboração e aprimoramento as leis, especialmente

⁽⁶⁾ PIMENTAL. Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**, Editora Revista dos Tribunais. 1973.

objetivando a defesa do ordenamento administrativo (espocando o ínsito interesse público).

Com o surgimento das leis especiais existentes, empiricamente, já se demonstra a estruturação do Direito penal administrativo e, se não autônomo, identificando-se por singulares motivações. Por necessidade, são leis híbridas: de conteúdo material e formal, de modo a facilitar a sua aplicação imediata, com resultados objetivos. Citem-se para conferência: Leis n°s 6.799/80 e 8.429/92 (atos de improbidade), 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), 8.666/93 e 8.883/94 (licitação).

Deveras, a eficácia da repressão aos **crimes administrativos** - criminalidade privilegiada e organizada (narcotráfico, delinquência financeira, corrupção estatal) - depende da atualização especializada das leis, da simplificação dos processos e modernização dos organismos judiciários, pela franquia de correlatos diagnósticos.

Espraia-se, assim, como sobremeta impostergável, a urgência da especialização normativa, compendiando o Direito penal administrativo, sem descuidar-se de redimensionar a Administração Pública frente aos impactos da modernidade e, além da preparação profissional do funcionário, direcionando a preparação cultural do cidadão para os valores éticos e morais.⁽⁷⁾

4. Ensaio conclusivo

Confessando desafeição ao dogmatismo exacerbado, na visão crítico-metodológica, sem contradição com as fontes do Direito penal comum, reforçando a sua coercibilidade, imagino a concreta possibilidade de ser estruturado, com específicos elementos integrativos, o **ilícito**

⁽⁷⁾ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**, págs. 40 a 48. Forense. 1991.

administrativo. A sua definição, apropriada à sua origem fática, razão da juridicidade punitiva, bem identificaria os crimes administrativos com a realidade histórica, eliminando a incidência de normas paralelas comuns que conturbam a aplicação da lei.

Sem enleios, como prenunciado, é um desafio à sociedade, não apenas lançado para os Juizes, Ministério Público, Advogados e administradores em geral. Não se constitui demasia inscrever-se que é uma cruzada cívica.

São idéias lançadas para as críticas, com o instituto de procurar caminhos para o Direito penal administrativo, cujo desenvolvimento depende de leis próprias, surgidas no cenáculo de indissociáveis realidades sociais, sem ficar enclausurado pelo dogmatismo. Afinal, o Direito é dinâmico.